

Los derechos y la argumentación judicial¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.—2.1. Perspectiva de validez.—2.2. Perspectiva de corrección.—III. ARGUMENTACIÓN JUDICIAL SOBRE DERECHOS.—3.1. Perspectiva de validez.—3.2. Perspectiva de corrección.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho puede ser descrito como un sistema de normas que tiene como principal función la de organizar y dirigir los comportamientos sociales. En este sentido, el Derecho y sus principales elementos (las normas), como obra humana que son, expresan decisiones, y están condicionados, por tanto, por la voluntad de sus autores. No obstante, describir el Derecho exclusivamente en términos de voluntad, supone manejar una visión simple e incluso parcial del fenómeno jurídico. En cuanto sistema normativo, el Derecho es también razón, en el sentido de satisfacer una serie de exigencias racionales derivadas tanto del efectivo cumplimiento de esa función de la que antes hablé, cuanto de la utilización de unos criterios de validez normativa que implican en muchos casos (si no en todos) la realización de un ejercicio racional.

En efecto, desde el primer sentido, es posible afirmar que el Derecho, como herramienta apta para el logro del control social, necesita satisfacer una

Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid. ¹ Una primera versión de este trabajo fue publicada en el número 2 de la *Revista de Estudios Jurídicos* (Jaén, 1999). Respecto a aquella versión, se han añadido algunas reflexiones sobre el papel de la argumentación judicial en el ámbito de un concepto de Derecho básicamente positivista y sobre el problema de la interpretación de los derechos. Estos temas se desarrollan de forma sistemática en tres trabajos, dos de los cuales se encuentran ahora en imprenta («Notas sobre el razonamiento jurídico», a publicar en un libro colectivo que edita la Universidad de Hidalgo, México; y «La interpretación de la Constitución», que se publica también en un libro colectivo en el que se recogen las intervenciones del Seminario 25 años de la Constitución celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid). El tercero de los trabajos es una investigación sobre la motivación judicial.

serie de exigencias que pueden ser representadas a través del principio de publicidad, de legalidad o de irretroactividad. E igualmente, la dimensión racional del Derecho está presente en el ámbito de la validez de sus normas, en el sentido de exigirse su concordancia con las normas superiores y en definitiva con la norma básica (normalmente representada por la Constitución). La idea de validez normativa descansa, en principio, tanto en cuestiones de competencia (tener poder jurídico para hacer normas válidas) como de contenidos (no contradecir normas superiores), siendo estos requisitos sólo comprobables desde las razones que puedan aportarse a favor de la satisfacción de los mismos. Dicho de otra manera, la norma es válida en la medida en que se puedan aportar razones a favor de la competencia de su autor y a favor de su contenido, siempre desde los referentes que proporciona el Ordenamiento jurídico.

En definitiva, lo anterior implica considerar que el Derecho, como sistema de normas, no es otra cosa que un conjunto de decisiones sobre cómo estructurar y regular las diferentes sociedades, sujetas a una serie de exigencias racionales. Y en este sentido, el estudio de la manera con la que se justifican las normas y las decisiones, resulta esencial. Toda persona que utiliza el Derecho sabe que su toma de postura sobre cualquier asunto que pueda ser considerado como una cuestión jurídica, está condicionado por las razones que pueda presentar en apoyo de ese posicionamiento. Obviamente, ni toda razón vale ni la discusión es una discusión igual, al estar condicionada por el papel (por el poder jurídico) de los interlocutores.

En todo caso, esta exigencia de justificación, en el sentido de aportar razones que de alguna manera sirvan para justificar las decisiones, está manifiestamente presente en la actuación de determinados operadores jurídicos.

El análisis de la argumentación jurídica (de las razones que se aportan o deben aportarse para justificar decisiones jurídicas), constituye una de las partes de la teoría de la Ciencia jurídica, en concreto, de la que puede ser denominada como teoría de la Técnica jurídica. En ella se investiga el método de los operadores jurídicos, esto es, la forma en la que estos desarrollan su actividad. Se trata así de un tema de indudable relevancia, no sólo en relación con la filosofía del Derecho, sino para la formación de los juristas.

El estudio de la argumentación ha adquirido un peso relevante en los contextos jurídicos contemporáneos, desde el cuestionamiento de algunos de los presupuestos que eran anteriormente utilizados (todavía lo son) para describir el Derecho.

Pues bien, en este trabajo trataré, por un lado, la incidencia de los derechos en la argumentación jurídica y, por otro, la argumentación sobre los derechos. En especial, me referiré a la argumentación judicial. Llamaré al primero de los temas «los derechos fundamentales en la argumentación judicial», y al segundo, «la argumentación judicial sobre los derechos». Se trata sin duda de dos cuestiones que difícilmente pueden ser abordados en su totalidad en un trabajo de esta extensión, por lo que básicamente me dedicaré a apuntar algunos de los problemas que están en juego en esta temática.

II. LOS DERECHOS EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

A la hora de analizar el papel de los derechos en la argumentación judicial, conviene diferenciar entre dos perspectivas. La primera trata de dar cuenta de la incidencia efectiva de los derechos; la segunda de aquellos matices que frente a lo anterior permitirían calificar como correcta, desde un punto de vista principalmente moral, la argumentación judicial desde los derechos. Ambas perspectivas pueden ser denominadas como interna y externa. Sin embargo, y dado que esa distinción puede ser interpretada de forma diferente², me referiré en el primer caso a la «perspectiva de validez» y en el segundo a la «perspectiva de corrección».

La diferenciación como su propia denominación indica, da cuenta de la distinción entre validez y corrección, entendida esta última principal, aunque no únicamente, desde un punto de vista ético. Es decir, implica aceptar que existen decisiones válidas jurídicamente pero incorrectas desde un punto de vista ético, y también que existen decisiones correctas desde un punto de vista ético pero inválidas jurídicamente³. Todo ello supone, a su vez, manejar una posición cognitivista en el ámbito ético.

2.1. Perspectiva de validez

La perspectiva de validez obliga a detenernos brevemente en la exposición de la argumentación judicial, para a partir de ahí, dar cuenta del papel de los derechos. Sobre lo primero he tenido ya ocasión de ocuparme en otros trabajos. Ciertamente, el análisis de la argumentación sea ésta del tipo que sea, tiene como una de sus misiones comprender la justificación que poseen las decisiones. Esto, trasladado al ámbito jurídico, y más en concreto al judicial, supone investigar cuál es la justificación de las decisiones judiciales sean éstas finales (fallos) o intermedias (pronunciamientos que se van produciendo en la sentencia y que de alguna manera justificarán también la decisión última). Pues bien, es posible afirmar que uno de los requisitos de cualquier argumento para poder ser considerado como racional, consiste en poder presentar su conclusión como derivada de una regla. Es decir, y centrándonos en el ámbito jurídico, toda decisión se justifica o debe poder ser justificada desde una regla⁴. Y así, lo interesante de la argumentación, y más en concreto de la argumentación judicial, consiste en estudiar la justificación de esa regla⁵.

En efecto, la distinción entre perspectiva interna y externa puede confundirse con la, ya tradicional en el ámbito iusfilosófico, que diferencia entre punto de vista externo e interno. Sin embargo, en este trabajo por perspectiva interna se entiende aquella que se desenvuelve dentro y con los materiales que nos proporciona el Derecho, mientras que la externa sería aquella que utiliza además otros materiales o que se abre a consideraciones morales, científicas, o de otro tipo, no necesariamente recogidas en el Derecho.

³ Ciertamente el problema puede ser abordado desde la distinción entre validez y justicia. *Vid.*, con carácter general, Bobbio, N., *leona General del Derecho*, trad. de E. Rozzo, Debate, Madrid, 1991, pp. 34 y ss.

⁴ *Vid.* mi libro *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 7 y ss.

⁵ Se trata de la que es denominada en el ámbito de las teorías de la argumentación como justificación externa. *Vid.*, al respecto, Wroblewski, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, p. 40.

En cualquier caso, conviene advertir cómo la argumentación jurídica es un tipo especial de argumentación ⁶ que se caracteriza, entre otros, por los siguientes rasgos: carácter institucionalizado, presencia de normas y enunciados normativos, presencia de criterios de interpretación y presencia de criterios de justificación.

En efecto, el contexto argumentativo jurídico es un tipo de contexto especial en el que participan diferentes operadores jurídicos, algunos de los cuales aparecen revestidos de una autoridad especial. Se trata de aquellos órganos e instituciones que tienen, en virtud de lo dispuesto en un Ordenamiento jurídico, competencia para decidir, lo que supone entender que presumiblemente sus decisiones deben ser consideradas como válidas desde un punto de vista jurídico. También la existencia de normas y enunciados en el contexto jurídico, a la que más adelante haré referencia, hace que éste se relacione con la idea de autoridad. Pero en todo caso, esta idea no es sólo consecuencia de lo anterior, sino también de la asunción del papel que determinados instrumentos y órganos desempeñan en el sistema jurídico, en el sentido de hacerlo viable (que no necesariamente correcto).

Otra de las notas específicas de la argumentación jurídica se traduce en la existencia de normas en general que sirven de marco de referencia. Ciertamente se trata de un rasgo característico de toda argumentación, pero que en el Derecho adquiere dimensiones específicas desde la conexión que se produce entre las normas y la validez. Es decir, aunque todo argumento utiliza normas, el jurídico se caracteriza por utilizar, en principio, normas jurídicamente válidas y por estar regido por ellas⁷.

Al respecto, conviene tener en cuenta la diferencia entre enunciado normativo y norma en sentido estricto. Enunciado normativo es una proposición prescriptiva emitida por un operador jurídico y norma es la aplicación de enunciados normativos en la solución de supuestos jurídicos por parte de un operador jurídico. En este sentido, las normas en sentido estricto son el resultado de la aplicación de enunciados normativos y, por tanto, en la mayoría de los casos producto de su interpretación.

Desde un punto de vista teórico es posible diferenciar entre dos tipos de enunciados normativos: los consolidados y los no consolidados. Los primeros son aquellos creados por operadores jurídicos que son centros de producción normativa (esto es, que están dotados de competencia para producir enunciados normativos que pueden ser consolidados), y cuyo significado literal no está en contradicción con el significado literal de un enunciado normativo consolidado de rango superior. Por su parte, los no consolidados son aquellos que o bien han sido elaborados por operadores jurídicos que no son centro de producción normativa, o bien poseen un significado literal contradictorio con el significado literal de un enunciado normativo consolidado de rango superior,

o ambas cosas a la vez. Un tipo importante de enunciados no consolidados está compuesto por aquellos que van referidos a hechos, es decir, por aquellos que poseen un carácter fáctico.

Ahora bien, en este punto surgen los otros dos rasgos esenciales del contexto argumentativo jurídico. En efecto, el paso de los enunciados normativos a la norma en sentido estricto exige siempre, la interpretación de los primeros y, en ocasiones, la adopción de un criterio que permita justificarlos. Comenzaré por esto último.

Anteriormente he establecido la distinción entre enunciados consolidados y no consolidados. Los primeros se presentan como válidos desde un punto de vista jurídico, en el sentido de que han sido creados por un órgano competente y su significado literal, presumiblemente, no está en contradicción con el de otros enunciados superiores. Normalmente debemos pensar que su utilización en el ámbito de la argumentación llevaría aparejada la necesidad de justificar precisamente ese rasgo de validez, si bien en el Derecho se obvia esta exigencia ⁸.

Ahora bien, la cuestión cambia cuando se trata de enunciados no consolidados. Ciertamente, podemos pensar que aquellos que están enfrentados de manera manifiesta a enunciados superiores no pueden ser utilizados. Sin embargo, otra cosa ocurre cuando se trata de enunciados que no están enfrentados en razón del contenido pero que han sido elaborados por órganos que no son competentes. En estas situaciones, surge la exigencia de justificar su utilización. Pues bien, aunque se trata de una práctica que en ocasiones es llevada a cabo, en la mayoría de los casos también se obvia esta exigencia, precisamente desde el revestimiento de autoridad que posee el juez⁹.

Pueden aludirse diferentes criterios de justificación de este tipo de enunciados entre los que destacan el inductivo, el de la razonabilidad, el de la probabilidad y el de la autoridad. De forma muy resumida, y siendo conscientes de las posibles variantes que pueden tener estos criterios y de sus relaciones, podemos identificarlos de la siguiente manera: el criterio inductivo pretende justificar el enunciado normativo a través de un proceso inductivo, esto es, según este criterio el enunciado normativo es fruto de la inducción; según el criterio de la razonabilidad, el enunciado normativo está justificado por reducción al absurdo; por su parte, el criterio de la probabilidad justifica el enunciado normativo mediante la medición de su probabilidad objetiva; por último, el de la autoridad hace descansar la justificación del enunciado atendiendo a la relevancia y solvencia de su creador.

Junto a la existencia de criterios de justificación, el paso del enunciado a la norma exige también la utilización de criterios de interpretación. Se trata de pautas a seguir a la hora de justificar la atribución de significado a los enunciados normativos y que poseen un alcance general o particular, depen-

⁶ Vid., al respecto, Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 206 y ss.

⁷ Y digo en principio porque en ocasiones las normas no son válidas (aunque tampoco inválidas), cuestión ésta que aclararé cuando me refiera a los criterios de justificación.

⁸ En todo caso, en los Ordenamientos jurídicos modernos se tiende a subrayar la presencia de dos tipos de criterios de este tipo: el formal (órgano y procedimiento establecido) y el material (contenido no contradictorio con el de normas o enunciados superiores).

⁹ Vid. *Sobre el razonamiento judicial*, cit., pp. 88 y ss.

diendo en ocasiones del ámbito temático en el que se desarrolla la argumentación judicial.

En el Derecho español, estos criterios están recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, que afirma: «Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella». En este sentido, es posible hablar del criterio literal o gramatical (que exige interpretar enunciados normativos atendiendo al sentido propio de las palabras que los componen); del criterio histórico (que exige interpretar enunciados teniendo en cuenta sus antecedentes históricos); del criterio teleológico (que exige interpretar enunciados normativos atendiendo a su espíritu y finalidad y apoyándose para ello en la supuesta voluntad de su autor); del criterio sociológico (que exige interpretar enunciados normativos prestando atención a la realidad social, lo que implica tanto un esfuerzo de adaptación, cuanto el examen de las consecuencias del resultado interpretativo); y del criterio sistemático (que exige interpretar enunciados normativos en conformidad con el subsistema en el que éstos se hayan insertos y, en definitiva, con el sistema jurídico en general).

A pesar de la existencia de estos criterios, las decisiones jurídicas interpretativas pueden ser polémicas. En efecto, aunque la función principal de estos criterios consiste en justificar decisiones interpretativas, su significado es problemático. Por otro lado, no puede afirmarse que estos cinco criterios sean los únicos. Existe una gran variedad de criterios interpretativos (si bien es cierto que todos guardan relación con éstos).

Pero tal vez el problema mayor en relación con los criterios tiene que ver con la dificultad de lograr con su uso una única respuesta interpretativa correcta. En este sentido, es obvio que el significado de un mismo enunciado normativo puede ser distinto dependiendo del criterio interpretativo que se quiera utilizar. E igualmente, salvo ámbitos jurídicos concretos (como puede ser en España el de los contratos), no es posible establecer una jerarquía incuestionable de los criterios interpretativos, o mejor, todo intento en esa línea descansa en una determinada concepción de la interpretación y del Derecho en general.

A este respecto, existen diferentes concepciones sobre la interpretación jurídica. Destacaré dos, que denominaré como cognitiva y escéptica¹⁰. La concepción cognitiva de la interpretación considera que interpretar es descubrir el significado de un precepto, esto es, verificar el significado de un texto. Por su parte, para la concepción escéptica, interpretar es decidir el significado, esto es, atribuir significado a un texto. Detrás de estas dos concepciones está una discusión clásica en el mundo jurídico: la polémica entre razón y voluntad a la hora de plantearse un concepto de Derecho¹¹. Desde este punto de vista, la concepción cognitiva suele desenvolverse dentro de una posición que subra-

¹⁰ Vid. Guastini, R., *Distinguiendo*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 203 y 204. ¹¹ Sobre la relación entre razón y voluntad en la creación e interpretación del Derecho, vid. Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 19 y ss.

ya el elemento racional dentro del concepto de Derecho; mientras que la concepción escéptica normalmente maneja un concepto de Derecho en términos de voluntad. Y esta discusión suele traducirse, en definitiva, en la adopción de un modelo jurídico iusnaturalista, en el primer caso, e iuspositivista en el segundo.

Tradicionalmente, uno de los puntos que ha servido para diferenciar el positivismo jurídico del iusnaturalismo consiste en considerar que el primero concede prevalencia a la voluntad sobre la razón, mientras que el segundo hace lo contrario. No obstante, considero importante matizar lo anterior en dos sentidos. En primer lugar, porque el iuspositivismo, al manejar una determinada concepción del Derecho, incorpora dimensiones de racionalidad que no pueden ser sobrepasadas por el ejercicio de la voluntad. En segundo lugar, porque, en relación con el carácter racional de los límites a la voluntad, la especificidad del positivismo jurídico se produce al considerar que estos límites racionales no poseen una naturaleza moral, sino que se presentan como exigencias de la concepción del Derecho que se maneja.

Como he señalado, toda concepción de la interpretación descansa en una Teoría del Derecho. En este sentido, mi posición es básicamente iuspositivista, si bien en la actualidad, la caracterización de un planteamiento como propio del positivismo jurídico es una cuestión poco clara y, me atrevería a decir, con un interés exclusivamente académico. Lo importante, creo, es manejar una Teoría del Derecho apta para la comprensión integral del fenómeno jurídico. Así, en términos muy generales, y en lo que afecta a la cuestión que aquí estamos abordando, mi planteamiento se caracterizaría por: *a)* Considerar al Derecho como un sistema de normas; *b)* Defender la existencia de una conexión entre el sistema de normas y el Estado y con ella la idea de que las fuentes jurídicas son fuentes directa o indirectamente estatales; *c)* Defender lo que podemos denominar como conexión aleatoria entre el Derecho y la moral; *d)* Dar primacía a los criterios de validez jurídica formales sobre los materiales; *e)* Considerar que existe discrecionalidad en la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

Coherentemente con lo anterior, a pesar de la importancia del elemento volitivo en la descripción del fenómeno jurídico, no es posible concebir al Derecho únicamente en esos términos. Al comienzo del trabajo tuve ocasión de referirme a ello. Y así, aunque la concepción interpretativa propia del iuspositivismo, y la que aquí seguiré, es predominantemente escéptica, no lo puede ser totalmente. La actividad interpretativa no es completamente discrecional.

El razonamiento jurídico presupone la idea de sistema y, por tanto, significados. No es posible considerar que el Derecho es un sistema de normas, ni que el Derecho es una técnica normativa de control social, sin presumir un mínimo de determinación de las normas. Por otro lado, la propia idea de seguridad jurídica, muy unida a la concepción del Derecho iuspositivista, tampoco se entiende sin la existencia de un mínimo de determinación. Y ello es así, incluso si se defiende, como he hecho en otros trabajos, una idea formal de la seguridad jurídica referida al órgano competente pero no a los contenidos de la decisión, y justificada desde la eficacia del Derecho.

En este sentido, es posible establecer una especie de jerarquización teórica entre los criterios interpretativos, destacando así el papel de los criterios literal y sistemático. El primero, desde esta consideración, es requisito previo de cualquier interpretación; el segundo, de la interpretación jurídica.

En efecto, no es posible plantearse la tarea de dar significado a un texto sin la atribución de significado a los elementos que lo forman. Y esto, qué duda cabe, está relacionado con el criterio literal y más en concreto, con la existencia de criterios de interpretación del lenguaje natural. Pero además, desde una concepción del Derecho como la que aquí se mantiene, una de las notas que caracterizan la utilización de los diferentes criterios en el contexto jurídico es la idea de sistema.

En otros trabajos he señalado que el papel de ambos criterios es distinto, ya que, mientras que el sistemático sirve de límite a cualquier interpretación, el literal puede ser finalmente abandonado. Así, he advertido cómo la presencia del criterio literal se producía en el ámbito del contexto de descubrimiento mientras que la del sistemático en el de justificación. No obstante considero importante matizar lo anterior, en el sentido de afirmar que el criterio literal está presente también siempre en el contexto de justificación y puede ser, por tanto, un límite a la opción interpretativa válida¹³. En efecto, y a pesar de los diferentes significados que puede tener este criterio¹⁴, no es posible manejar una concepción sistemática del Derecho ni una idea del mismo como técnica de control social, sosteniendo una posición totalmente escéptica sobre el significado de los enunciados normativos. Al menos, aunque sea de manera problemática e incluso hasta en ocasiones ficticia, estos funcionan en el Derecho revestidos de uno o de múltiples significados, pero en todo caso de alguno¹⁵.

En este sentido, tanto el criterio literal como el sistemático están siempre presentes al menos en su dimensión de límite de opciones interpretativas presumiblemente válidas¹⁶. Un requisito imprescindible de la noción de Derecho que aquí se maneja, es que los enunciados y normas que lo componen sean inteligibles y, por tanto, sean susceptibles de atribución de significado. Se trata de una exigencia que se deduce claramente de la contemplación del Derecho como técnica de control social. En este sentido, los instrumentos necesarios para llevar a cabo esa atribución se convierten igualmente en requisitos imprescindibles. A esta misma conclusión podríamos llegar desde la propia

¹³ Sobre esta distinción, *vid.* Atienza, M., *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 22.

He mantenido ya este planteamiento en «Democracia, Constitución y Derechos», en López Gar-cía, A., Del Real, J. A., y Ruiz Ruiz, R., *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 187 a 197. Sobre el tema se ha detenido Patricia Cuenca en su Tesina de Doctorado (inédita) sobre «Los contenidos materiales en el Derecho: los sistemas jurídicos como sistemas mixtos».

¹⁴ Sobre las distintas concepciones del criterio literal, *vid.* Mazzarese, T., «Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente», en *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 597 y ss.

¹⁵ *Vid.* Zacearía, G., «Limiti e libertà dell'interpretazione», en *Ragion Pratica*, núm. 17, 2001, pp. 17 y ss.

¹⁶ Sobre los derechos como límites a las opciones interpretativas, *vid.* Barranco Aviles, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 123 y ss.

definición iuspositivista de norma válida, en la que la tanto la alusión a la no contradicción con normas superiores cuanto la exigencia de competencia atribuida por otra norma exigen un mínimo de determinación.

Y aquí radica el papel principal de los derechos en la argumentación judicial. En efecto, los derechos aparecen en las normas constitucionales como criterio de validez de los contenidos del sistema. Y esto significa que la atribución de significado que se dé a cualquier enunciado jurídico no podrá transgredir el significado que poseen los derechos¹⁷. Es decir, el papel de los derechos en el ámbito de argumentación judicial desde lo que hemos denominado como perspectiva de validez no es otro que el de convertirse en límite a las opciones interpretativas posibles, lo que significa que sólo estarán justificadas y podrán ser utilizadas aquellas reglas cuyo significado literal no es contradictorio con el de los derechos, exigencia ésta que se proyecta, por tanto, en el resultado de cualquier interpretación de un enunciado normativo.

Pero no es ése el único papel de los derechos en el ámbito de la argumentación judicial. Los derechos poseen otras proyecciones, algunas de las cuales tienen que ver con la propia configuración de la argumentación y con los rasgos que identifican a los operadores jurídicos que deciden, en este caso los jueces. No puedo detenerme en exceso en el desarrollo de estas cuestiones. Al respecto sólo señalaré algunas de las consecuencias más relevantes y que expresan como el reconocimiento de derechos en un Ordenamiento jurídico repercute en la propia configuración del poder judicial y en los caracteres de la motivación de sus decisiones.

La visión del Derecho que aquí manejo, como ya se ha señalado, utiliza unos referentes a la hora de caracterizar el Derecho que conllevan, a su vez, una serie de rasgos imprescindibles. Entre estos referentes está la idea de sistema, la importancia del Poder político y la consideración de que la principal función del Derecho es el control social. Pues bien, desde estos referentes, es posible aludir a otro rasgo, tradicionalmente asociado al Estado de Derecho: la separación o división de poderes. Pues bien, los derechos inciden en la justificación y en la forma con la que debe ser entendida esta separación.

Desde un punto de vista muy genérico, es posible diferenciar dos sentidos de la separación de poderes. Por un lado, lo que podemos denominar como sentido restringido, que entiende este requisito en clave funcional, por otro, lo que podemos denominar como sentido amplio que, además añade una perspectiva de control y contrapeso¹⁸. En virtud del primero de los sentidos, la separación de poderes no es otra cosa que el resultado de la asignación de dife-

Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 524 y 525.

El primero se corresponde con el argumento de la necesidad de poderes especializados y el segundo con el de la necesidad de poderes independientes entre sí. Ambos tipos de argumentos pueden presentarse al unísono. *Vid.*, sobre estos argumentos, Troper, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, Madrid, 2001, pp. 204 y ss. Para el profesor Troper, la separación de poderes lo que pretendía era en realidad luchar contra el despotismo. En este sentido, sería posible afirmar que lo que estaba y está detrás de esta exigencia es el respeto al principio de legalidad.

rentes tareas en el interior del Ordenamiento. Así, este principio exige única y exclusivamente que el Poder cumpla con aquellas tareas necesarias para que el Derecho sea un sistema de normas que tiene como función genérica el control social. Desde esta perspectiva, la separación de poderes no implica necesariamente que las tareas sean realizadas por distintos órganos, aunque tampoco lo descarta. El sentido amplio, por el contrario, al incorporar la dimensión del control y contrapeso, añade a lo anterior precisamente esa exigencia: las tareas deben ser desarrolladas por órganos distintos. Desde esta perspectiva, la división de poderes no es única y exclusivamente una conclusión lógica de un concepto de Derecho como sistema de normas destinadas al control social.

Así, al hilo de lo anterior, este principio puede ser justificado, al menos, desde dos planteamientos. Uno de ellos, que se corresponde con lo que antes denominé como sentido restringido de la separación de poderes, puede justificar este principio desde la propia idea de sistema normativo y, también, desde la reflexión sobre la eficacia del Derecho como técnica de control social. El otro trata de justificar este principio desde consideraciones que podríamos denominar como «de legitimidad». Así, desde una determinada manera de resolver el problema de la legitimidad del Poder, puede justificarse la asignación de determinadas funciones a los órganos estatales. Se trata de un planteamiento que sirve para justificar ese sentido amplio de la división de poderes al que antes me referí. Y es precisamente en ese punto donde los derechos desempeñan un importante papel.

Por otro lado, los derechos inciden también en la propia concepción de la función jurisdiccional. Es un tópico referirse a las dificultades existentes a la hora de plantear un concepto de función jurisdiccional²⁰. Así, en el ámbito procesal cabe hablar en este punto de dos grandes teorías: por un lado la que concibe esta función como la actividad del Estado dirigida a la tutela del Derecho objetivo; por otro, la que la entiende como la actividad del Estado dirigida a la tutela de los derechos subjetivos²¹.

De forma básica y general, podemos referirnos a esta función considerando que se trata de aquella actividad consistente en «el control de la legalidad en un sentido amplio» (referido tanto a la actuación de otros órganos estatales cuanto a la de órganos, instituciones y personas privadas). En efecto, dentro de esta caracterización podrían incluirse todas las actuaciones judiciales que, en términos generales, consisten en garantizar el cumplimiento del Derecho y los derechos en él contemplados. Se trata así de un poder cuya función es

¹⁹ Vid. sobre este tema mi trabajo *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 1999.

²⁰ En este sentido Calamandrei se refería a la relatividad histórica y contextual de este concepto. Vid. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, trad. de S. Sentís, Buenos Aires, 1962, p. 114.

²¹ Vid., en general, Montero Aroca, J., y otros, *Derecho Jurisdiccional*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 128 y ss. Hay quien añade una tercera teoría que conecta esta actividad con la función de resolución de conflictos. Vid. González Montes, J. L., *Instituciones de Derecho procesal*, Impredisur, Granada, 1990, pp. 102 y ss. L. Ferrajoli se ha referido a dos tipos de formulaciones del principio de jurisdiccionalidad, el lato y el estricto. Vid. Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1997, p. 539.

resolver toda controversia que se le plantea, por otro sujeto o poder (y en ocasiones que él mismo se plantea), de cualquier índole y desde la información que los enunciados jurídicos suministran.

La contrapartida de lo que he denominado como control de la legalidad en un sentido amplio puede ser vista como la exigencia de satisfacer el derecho a la acción o incluso el derecho a la tutela judicial²². El desarrollo de la función de control de la legalidad en un sentido amplio no se entiende sin la existencia de este derecho a la acción, del que surge la obligación del órgano judicial de poner en marcha su actividad y de resolver. Por otro lado, y junto al derecho a la acción, el control de la legalidad en sentido amplio, en relación con los derechos, conlleva también otra exigencia relacionada con el valor de cosa juzgada y que es consecuencia de la necesidad de atribuir valor normativo a la resolución.

Otro de los puntos a destacar en la incidencia de los derechos dentro del ámbito que estoy señalando tiene que ver con la presunción de inocencia, si bien su respeto no es sólo una obligación presente en los Ordenamientos jurídicos contemporáneos que reconocen derechos, sino también un rasgo identificador del Derecho moderno.

Se trata de un principio que posee una proyección concreta en el ámbito penal, si bien su significado general trasciende esos límites proyectándose en el Derecho en general. Si en su proyección concreta penal supone que en el caso de existir dudas fundadas y racionales sobre unos determinados hechos procede la libre absolución de las personas supuestamente inculpadas, la proyección general implica que sólo es posible considerar que se ha transgredido una norma cuando se ha comprobado a través de un procedimiento válido y suficiente que esto ha sido así. De esta forma lo que finalmente exige es el cumplimiento de los requisitos que permiten entender como válida y suficientemente motivada una decisión.

Por último, los derechos inciden también en los rasgos de imparcialidad e independencia asociados al poder judicial. Ciertamente la incidencia es menor en el caso de la imparcialidad, ya que se trata de un rasgo asociado al principio de legalidad.

En efecto, la imparcialidad supone que el juez, o quien lleva a cabo ese control de la legalidad en sentido amplio, no puede actuar movido por influencias internas que condicionen su decisión. Obviamente, esta exigencia no puede entenderse en un sentido absoluto. Detrás de toda decisión existe una cierta subjetividad imposible de hacer desaparecer. Lo que exige este principio es aminorar en el mayor grado posible dicha subjetividad²³. De esta forma, la exigencia de imparcialidad está claramente conectada con el principio

²² pTM este sentido el derecho a la tutela judicial efectiva es más amplio que el derecho a la acción. Vid., en este sentido, González Pérez, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989, pp. 41 y ss. Si bien también se ha sostenido que el derecho a la acción posee un contenido amplio. Vid. Carnelutti, «■ Derecho y Proceso», trad. de S. Sentís, EJE, Buenos Aires, 1971, p. 127.

•Puesto que un hombre que no sea parte no existe, la solución está en encontrar quien sea par-¹ menos posible». Carnelutti, F., *Derecho y Proceso*, cit., p. 83.

de legalidad; demanda, entre otras cosas, que la justificación de la decisión no se apoye en consideraciones e intereses de quien decide, que sea neutral respecto a las partes; en definitiva, que sea imparcial.

Por su parte, la independencia implica la prohibición de actuar movido por influencias externas que condicionen la decisión. Ciertamente, esto no implica una ausencia total de comunicación con el mundo exterior. Entender así la independencia convertiría este principio en una exigencia imposible y, además, no deseable. Más bien, lo que exige es, por un lado, que la decisión no esté provocada por una influencia externa de presión sobre quién decide y, por otro, que sea adoptada por un órgano de poder que no dependa de otros poderes. En este sentido, podemos preguntarnos si la independencia exige completa incomunicación con el resto de poderes, cuestión ésta que no admite una contestación tajante, máxime si proyectamos la reflexión sobre determinadas cuestiones, como aquellas que se desenvuelven en el ámbito constitucional, en donde los componentes e intereses políticos están irremediablemente presentes.

Por último, es importante aludir también al papel de los derechos respecto a la exigencia de motivación de las decisiones judiciales. En este punto deben tenerse en cuenta el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al proceso debido o, incluso, la seguridad jurídica. Un sentido mínimo de la obligación de motivar implica la exigencia de explicitar, al menos, la norma que se utiliza, la situación fáctica sobre la que la proyecta y la decisión final (el fallo). La presencia de derechos en un Ordenamiento necesariamente añade exigencias a este sentido mínimo. Algunas de éstas serán planteadas más adelante. Baste aquí con recordar la primera de las funciones a las que aludí antes: la de los derechos como límites a toda actuación que quiera ser considerada como válida.

2.2. Perspectiva de corrección

La perspectiva de corrección asume con carácter general la anterior perspectiva, si bien integra una serie de dimensiones que condicionan su funcionamiento. No obstante, la comprensión de estas dimensiones sólo puede hacerse desde el examen de lo que es la argumentación judicial sobre derechos. En efecto, la consideración de la que he denominado como perspectiva de corrección en el ámbito de la argumentación judicial en general, si toma como parámetros el significado de los derechos, exige tener en cuenta la interpretación y argumentación «correcta» de éstos.

Así, en este punto sólo es posible destacar cómo, desde el papel que desempeñan los derechos en el Derecho, toda argumentación judicial debe tenerlos en cuenta no sólo como límite, sino también como criterios guía. Es decir, el papel de los derechos en el ámbito de argumentación judicial desde lo que hemos denominado como perspectiva de corrección no es otro que el de convertirse en guía de las opciones interpretativas posibles, lo que significa que estarán más justificadas y deberán ser utilizadas aquellas reglas cuyo significado literal sea el más favorable para los derechos, exigencia ésta que vuelve a proyectarse en el resultado de cualquier interpretación de un enunciado normativo.

III. ARGUMENTACIÓN JUDICIAL SOBRE DERECHOS

En este punto me referiré a cómo es la argumentación que toma como referencia los derechos. En este sentido, destacaré una serie de notas que, de alguna manera, condicionan esta operación, retomando con posterioridad la diferenciación entre perspectiva de validez y perspectiva de corrección.

La primera de las notas tiene que ver con la existencia de criterios interpretativos específicos de los derechos. En efecto, los Ordenamientos que contienen derechos suelen poseer también ciertos criterios interpretativos que de alguna manera presiden la atribución de significado que se haga a los enunciados normativos que los contienen. Es el caso, por ejemplo, del Ordenamiento jurídico español, que en el artículo 10.2 de su Constitución establece: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.» Se trata sin duda de un precepto de alto valor, ya que sitúa a la Declaración y a otros textos internacionales como instrumentos configuradores de los criterios de validez material de nuestras normas jurídicas. Otra cosa es la de su operatividad real, tema éste que abordaremos más adelante. Baste aquí con señalar como lo que viene a exigir este criterio es que la decisión interpretativa pueda justificarse desde estas disposiciones normativas internacionales.

También se presenta como criterio interpretativo la llamada cláusula del contenido esencial. El contenido esencial de un derecho viene a ser precisamente aquel que lo hace reconocible como tal y se constituye en un límite infranqueable a la actuación del legislador, aunque también podríamos pensar que a toda actuación de desarrollo o aplicación del derecho de que se trate. En efecto, así como no es posible pensar en una ley válida enfrentada al contenido esencial de un derecho, tampoco lo es hacerlo en relación con una interpretación de un precepto o con una decisión. Ahora bien, igual que en el caso anterior, y dejando para más adelante su operatividad real, lo que esta cláusula exige es que la decisión interpretativa pueda justificarse desde el contenido esencial de un derecho.

Igualmente es posible aludir al llamado principio de proporcionalidad que, aunque es utilizado normalmente en cuestiones que tienen que ver con la limitación de derechos, posee indudablemente un significado que se proyecta sobre su interpretación. Este principio exige, en términos generales, que la interpretación de los derechos tenga en cuenta los fines y valores constitucionales, y su proyección en el resto de derechos.

La segunda de las notas se refiere a la dificultad de utilizar en relación con los derechos el criterio de interpretación literal. Ello es comprobable si nos fijamos tanto en la estructura de las normas que se refieren a los derechos, cuanto en su contenido²⁴. Desde la primera de las notas surge la diferenciación entre

²⁴ Vid., al respecto, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 527.

principios y reglas, unida a la afirmación de que la mayoría de las normas que reconocen derechos son principios. Se trata de una distinción que ha generado numerosa e importante literatura pero que difícilmente puede entenderse en sentido estricto como estructural. En efecto, aunque tradicionalmente se suele afirmar que la distinción entre principios y reglas es estructural, parece que más bien se trata de un tema de generalidad, vaguedad o, incluso, indeterminación, por lo que tiene que ver con los contenidos de las normas. A la hora de describir la estructura de los principios no parece que puedan establecerse diferencias con las reglas más allá de las que afectan a su mayor indeterminación²⁵. Una de las características de los preceptos constitucionales, y sobre todo la de aquellos que poseen referencias sustantivas, es la de su indeterminación. Cuando, por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución afirma que se reconoce el derecho al honor, resta por saber precisamente qué es ese derecho y su alcance. Y para ello difícilmente podemos pensar en utilizar el criterio literal.

Se trata de un problema que afecta, por otro lado, a los criterios específicos de los derechos que antes hemos apuntado. El artículo 10.2 exige, por ejemplo, que para atribuir significado a un artículo constitucional que reconoce un derecho debemos acudir a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero en este texto nos encontraremos con otro precepto que en esa sede nos vuelve a transmitir prácticamente la misma información y que difícilmente, desde la literalidad del precepto nos resuelve el problema. Y lo mismo cabe decir con el contenido esencial, o con el principio de proporcionalidad. Como ya señalamos, estos criterios se presentan como herramientas que justifican la opción interpretativa escogida, si bien otro tema es si de manera real suministran alguna información previa al intérprete.

Sobre la indeterminación de las normas, y siguiendo la caracterización que en su día llevó a cabo H. L. A. Hart²⁶, es posible aludir a tres grandes planteamientos: el del noble sueño, el de la pesadilla y el de la vigilia. En términos

²⁵ Para demostrar lo anterior podemos tomar como ejemplo dos enunciados que tradicionalmente se encuadran dentro de cada una de estas categorías normativas. Se trata de los artículos 12 y 14 de la Constitución española. El artículo 12 dice: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»; por su parte, el artículo 14 dice: «Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.» Pues bien, ambos enunciados presentan una estructura común, que de forma simple puede ser representada mediante un juicio hipotético: la del artículo 12 sería, «si eres español y tienes dieciocho años entonces eres mayor edad»; la del artículo 14 sería, «si eres español debes ser tratado igual por la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Así, la diferencia entre ambos preceptos radica en la mayor indeterminación que posee el artículo 14 frente al 12, cuestión ésta que tiene que ver, por tanto, con el contenido. Sobre el problema de la indeterminación vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 525 y ss.; Niño, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 30 y ss.; Moreso, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

²⁶ Hart, H. L. A., «Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño», trad. de J.J. Moreso y P. E. Navarro, en *El ámbito de lo jurídico*, P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), Crítica, Barcelona, 1999, pp. 327 y ss. Vid., también, Moreso Mateos, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*, cit.

muy genéricos, el primero de los argumentos, defensor de la posibilidad de alcanzar una única respuesta interpretativa correcta y, por tanto, defensor de la ausencia de discrecionalidad interpretativa, implica en definitiva o bien negar la indeterminación de las normas o bien afirmar que es posible determinar el significado correcto a través de la utilización de recursos extrajurídicos. Por su parte, el planteamiento de la pesadilla, defensor de la inexistencia de significados correctos, de la dependencia del resultado interpretativo al autor que lo emite y, por tanto, de la existencia de discrecionalidad interpretativa, subraya la indeterminación de las normas y, en definitiva, hace descansar la validez interpretativa en la competencia del órgano que decide. Por último, el planteamiento de la vigilia, como posición intermedia, defiende la existencia de ámbitos de indeterminación pero también de ámbitos de determinación.

La posición representada por el noble sueño es una posición que difícilmente puede dar cuenta de la realidad jurídica y que participa de los problemas tradicionales de las posiciones iusnaturalistas. Por su parte, la pesadilla lleva, en definitiva, a considerar a los enunciados normativos como superfluos, resulta en algún punto incoherente (al tener que defender la determinación de las normas de competencia frente a la indeterminación del resto de las normas) y puede tener consecuencias relevantes en cuanto al establecimiento de un concepto de Derecho que, finalmente, sólo descansaría en la fuerza. El planteamiento de la vigilia, como posición intermedia, participa de los problemas presentes en los otros dos planteamientos, si bien puede ser el que mejor sirva para entender esta cuestión, desde los referentes teóricos de los que he partido.

En todo caso, el problema de la indeterminación en el ámbito de los derechos fundamentales, posee una dimensión mayor, tanto por tratarse de enunciados que admiten un mayor margen de valoración cuanto, y seguramente esto es lo principal, por la dificultad (a veces imposibilidad) de establecer mecanismos que garanticen el respeto a un supuesto significado mínimo.

La tercera de las notas tiene que ver con la dificultad de utilizar el criterio sistemático. En relación con los preceptos constitucionales y dada su situación en el sistema jurídico, ello nos obligaría a tener en cuenta referentes normativos superiores o de igual rango, dándose la circunstancia de que los primeros no existen y los segundos plantean opciones posibles (por ejemplo, los textos internacionales), pero, como hemos visto, igualmente polémicas.

Y en este punto surge otro de los datos significativos de la interpretación y argumentación sobre derechos en lo relativo a los criterios interpretativos. En la interpretación jurídica general, el criterio literal y el sistemático —en su sentido de límite— están siempre presentes. Sin embargo, en la interpretación de los derechos, ambos criterios son de difícil utilización. Y con ello adquieren relevancia los otros criterios «clásicos» interpretativos.

Pues bien, a partir de estas notas surge el cuarto rasgo que individualiza la argumentación judicial sobre los derechos, esto es, la relevancia que posee en esta operación el concepto y el fundamento de los derechos²⁷. En efecto, a la

Vid., en sentido parecido, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 540 y ss.

vista de los problemas anteriores derivados de la indeterminación y de la ausencia de un marco normativo de referencia, las decisiones sobre derechos se presentan como la adopción de un determinado planteamiento, como una toma de postura sobre el derecho por parte del órgano que las lleva a cabo.

La posición que se maneje sobre el concepto y el fundamento de los derechos va a repercutir en su interpretación y, por lo tanto, de forma indirecta, en el sentido y contenido del propio sistema jurídico. En efecto, si el significado de los derechos depende del concepto y del fundamento que se adopte, dada la relevancia ya manifestada de éstos en toda argumentación e interpretación efectuada en el Derecho, la misma configuración de éste va a depender también de dicha toma de postura.

Quien interpreta un derecho desde la Constitución expresa una toma de postura lleva a cabo una actividad valorativa que posee un alcance, pero también un origen, que supera el horizonte jurídico. La decisión interpretativa en este ámbito se entiende en el marco de una Teoría ética y política.

Así, en la interpretación de derechos aumentan las valoraciones y resulta difícil, cuando se trata del intérprete último, establecer un mecanismo que garantice el respeto a un significado mínimo (en coherencia con la idea de Derecho que se presume). En la interpretación jurídica general, esta garantía se lleva a cabo (aunque sea de manera ficticia), mediante la decisión de otro órgano competente jerárquicamente superior (en casos en los que se cuestione la decisión). Pero, cuando se trata del último intérprete de la Constitución, no cabe esta solución.

Y esta circunstancia produce, al menos, dos consecuencias que me interesa recalcar: la importancia de la justificación y la importancia de quien decide.

Sobre la importancia de la justificación no me voy a detener en exceso, ya que más adelante volveré sobre ello. He venido subrayando cómo los diferentes criterios interpretativos funcionaban, en definitiva, como herramientas justificatorias de la decisión, si bien con un alcance limitado y condicionado a los argumentos que apoyasen su significado y su papel. Esto significa que en la interpretación de los derechos contenidos en las constituciones la argumentación desempeña un papel esencial.

La segunda de las consecuencias que se deriva de la reflexión efectuada hasta aquí tiene que ver con la relevancia que en ese punto adquiere la cuestión sobre quién es o quién debe ser el intérprete autorizado de las normas constitucionales que reconocen derechos. Se trata de una cuestión antigua que puede reconducirse en la actualidad a la utilización de dos criterios que se utilizan en el ámbito de la producción normativa. De forma polémica, denominaré a estos criterios como el de la imparcialidad y el del interés.

En términos genéricos, tal vez excesivamente genéricos, el criterio de la imparcialidad lo que viene a exigir es que el intérprete autorizado sea un órgano que se caracterice precisamente por su imparcialidad. Normalmente este tipo de planteamientos reducen el alcance del problema de la indeterminación y niegan la existencia de discrecionalidad a la hora de interpretar los derechos. Todo ello hace que se pronuncie por un órgano de naturaleza judicial

como intérprete autorizado²⁸. Por su parte, el criterio del interés lo que viene a exigir es que el intérprete autorizado sea un órgano interesado. Normalmente este tipo de planteamientos subraya el carácter indeterminado de las normas y afirman la existencia de discrecionalidad interpretativa. Esta posición considera que en cuestiones sobre derechos no se puede ser imparcial (incluso algunos afirmarían que no se debe) y que se trata de abordar dimensiones políticas éticas y sociales que deben ser dejadas en manos de órganos que posean algún tipo de legitimidad democrática. Todo ello hace que se pronuncien por un órgano conectado de alguna manera con el Parlamento (o incluso, en su versión más radical, fruto de una elección popular)²⁹.

Obviamente, la caracterización efectuada de estos dos planteamientos además de genérica es insuficiente. Se trata, como se habrá observado, de posturas extremas. En todo caso, puede optarse por una u otra estableciendo limitaciones.

3.1. Perspectiva de validez

Como señalé anteriormente al hablar de la validez de las decisiones, es posible en línea de principio afirmar que la decisión válida sobre derechos es la que se ajusta a los requisitos que un Ordenamiento jurídico establece. En este punto como también apunté, conviene ser conscientes que en los Ordenamientos jurídicos con derechos, suele hablarse de dos tipos de criterios de validez, el formal y el material, a través de los cuales es posible referirse al sistema jurídico como sistema mixto.

La consideración del Derecho como un sistema mixto implica que la decisión válida sobre el significado de una norma constitucional que reconoce un derecho descansa no sólo en criterios formales, sino también en materiales³⁰. Quien decide no sólo tiene que ser competente; su decisión debe no contradecir unos contenidos. Por tanto, posee unos referentes materiales a la hora de atribuir significado al texto constitucional que reconoce un derecho.

Ahora bien, desde las reflexiones efectuadas sobre la especificidad de la argumentación e interpretación de los derechos, podríamos concluir que el alto grado de indeterminación de las normas que los reconocen pone en cuestión la caracterización del sistema jurídico como sistema mixto. Máxime si además se mantiene, tal y como he hecho, que detrás de toda interpretación de un derecho hay una toma de postura, un pronunciamiento, una teoría ética y política. Así, finalmente, el sistema jurídico, incluso aquel que cuenta con

Sobre la legitimidad de los jueces en el control constitucional *vid.* Gargarella, R., «La dificultad de defender el control judicial de las leyes», en *Isonomía*, núm. 6, México, 1997, pp. 55 y ss.

Vid., sobre el tema, Prieto Sanchis, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

" *Vid.*, Ansuátegui Roig, F. J., *Poder, Ordenamiento jurídico y derechos*, cit., pp. 79 y ss. También Peces-Barba, G., «Derechos sociales y positivismo jurídico», *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 11, Dykinson, Madrid, 1999.

derechos, sería un sistema dinámico, esto es presidido por los criterios de validez formales y, por tanto, la decisión válida sería la llevada a cabo por el órgano competente.

Pues bien, aunque considero que la afirmación de la prevalencia de los criterios formales sobre los materiales en el Derecho sirve mejor para describir el fenómeno jurídico, se hace necesario en este punto retomar el problema de la indeterminación, introduciendo, al menos, tres consideraciones: A) El lenguaje natural y, con ello, el lenguaje jurídico, no es completamente indeterminado. B) La indeterminación, llevada a sus últimas consecuencias, no tiene por qué afectar sólo a las normas que establecen criterios materiales (que reconocen derechos), sino que puede hacerlo también en relación con las normas que señalan criterios formales (que se refieren a competencias). De esta forma, tendríamos problemas en considerar al Derecho incluso como un sistema dinámico. C) La defensa de la total indeterminación y, con ella, la de la ausencia de límites interpretativos, llevaría en último extremo a dejar sin sentido la propia existencia de las normas. Dicho de otra manera, si el intérprete atribuye cualquier significado a la norma, la preexistencia de ésta no es necesaria. Y con ello, no sólo estaríamos abandonando la idea de sistema normativo, sino también estaríamos dejando a un lado la consideración del Derecho como técnica normativa racional de control social. Difícilmente el Derecho sería entonces una herramienta apta para ejercer el control social. En definitiva, lo anterior supondría manejar un concepto de Derecho exclusivamente en términos de fuerza. La decisión interpretativa válida sería aquella realizada por quien tuviera poder para imponerla.

Por eso, un mínimo de determinación es necesario, aunque sea indemostrable que exista y aunque sea imposible garantizarlo. La interpretación jurídica en general y, por tanto, también la que se proyecta sobre normas constitucionales que reconocen derechos, se desarrolla como si existiera un significado mínimo incontrovertido.

El desarrollo de la práctica de la jurisprudencia constitucional apoya esta conclusión. Normalmente, las decisiones interpretativas, independientemente de que se consideren como acertadas o de que se esté de acuerdo con ellas, se aceptan y se respetan. Y ello es porque, por lo general, esas decisiones satisfacen el marco de expectativas razonables. El por qué esto es así, es algo sobre lo que no me puedo detener y que puede incluso resultar hasta misterioso. Pero sólo eso justifica el respeto a estas decisiones.

El respeto a ese significado mínimo constituye una idea regulativa de la interpretación que, en la práctica, puede llegar a funcionar como una ficción, pero que en todo caso, es una exigencia racional y conceptual del propio Derecho. En todo caso, un camino para la determinación de ese significado mínimo puede ser lo que podríamos entender como determinación negativa, esto es, partir de aquello que no puede significar un derecho.

No se me escapa que lo anterior plantea problemas teóricos relevantes que no voy a tratar. Entre ellos, y en el ámbito de la Teoría del Derecho, por ejemplo, implica que no toda decisión de un órgano competente, incluso la del últi-

mo órgano competente, deba ser considerada como válida³¹. Ahora bien, como ya he señalado, lo relevante en este punto es argumentar y justificar que se ha sobrepasado esos límites de significado. Por eso, y dada la dificultad para hacerlo, en línea de principio, es posible seguir defendiendo que la decisión interpretativa válida es la del órgano competente.

3.2. Perspectiva de corrección

Como ya he señalado, el análisis de la corrección de una decisión puede hacerse desde distintos puntos de vista. Igualmente he venido subrayando cómo en la interpretación de los derechos existe un amplio margen de valoración. Toda decisión interpretativa en este ámbito tiene tras de sí la adopción de una Teoría ética y política (además de jurídica), esto es, la defensa de una determinada teoría de los derechos.

Ahora bien, esto no significa que la adopción de una teoría de los derechos suponga ya un modelo de solución precisa. Una teoría de los derechos no sirve para encontrar las reglas concretas desde las que solucionar casos problemáticos. Las teorías de los derechos suministran una información más modesta pero de igual importancia. En efecto, una teoría de los derechos proporciona parámetros genéricos, marcos y puntos de vista generales, opciones sobre valores e incluso jerarquías entre éstos³². En definitiva, la teoría de los derechos lo que nos proporciona es un marco de justificación de la decisión interpretativa, proyectándose tanto en el ámbito de las razones cuanto en el ámbito de la legitimidad.

En efecto, las teorías de los derechos no sólo permiten establecer criterios desde los que atribuir significado a las normas, y, por tanto, razones para defender la decisión interpretativa. Plantean también criterios de distribución de poder, esto es, una forma de entender la separación de poderes y un marco desde el que establecer la atribución de competencias normativas. Por lo tanto, se pronuncian sobre la cuestión de quién debe decidir (y con ello justifica, por ejemplo, la adopción de ciertos criterios de validez formal)³³.

Ciertamente el problema depende ahora de la adopción de un planteamiento conceptual y justificatorio de los derechos o, si se prefiere, de la posi-

Basicamente este problema se le plantea a una concepción del Derecho propia del iuspositivismo. sin embargo, creo que se trata sólo de un problema aparente. En términos similares, una concepción ius-positivista, como la manejada aquí, no puede aceptar como válidas normas ininteligibles. Si el último órgano competente, produce una norma cuyo tenor literal dice «está fumar locales en prohibidos públicos», esa norma no puede ser considerada como válida. La idea de los rasgos de lo jurídico a la que me he referido en otros trabajos, imposibilita que una concepción del Derecho propia del positivismo jurídico pueda llegar a admitir como válida este tipo de normas.

Básicamente la teoría de los derechos, al menos aquella que me convence, lo que hace en primer lugar es examinar los problemas desde la posición del más débil, del discriminado, del perseguido, etc.. Y a partir de ahí, subraya pautas de análisis conectadas con la libertad y la igualdad.

En efecto, cuando se establece la relación entre los derechos y los criterios de validez, normalmente el análisis se centra en el papel de los derechos como criterios de validez material. Sin embargo, los derechos desempeñan también un importante papel en relación con los criterios de validez formales.

bilidad de defender una teoría de los derechos sobre otras. Existen al respecto muy diferentes teorías que admiten ser clasificadas desde distintos criterios. Dejaré a un lado una posible posición que consistiría en afirmar la imposibilidad de lograr algún tipo de propuesta conceptual o justificatoria de los derechos y que en este punto, vendría a decir que no existen parámetros de corrección.

Así, en lo que al tema que nos ocupa, resulta de interés aquella clasificación que diferencia entre posiciones abstractas e históricas. Esta clasificación, empleada por Luis Prieto para diferenciar tipos de fundamentaciones de los derechos³⁴, puede extenderse también al ámbito conceptual y ser así utilizada para exponer dos tipos de construcciones de los derechos que directamente afectarían al problema que estamos examinando. En términos muy generales, para el tipo de construcción abstracta los derechos son predicados de todos los seres humanos independientemente del ámbito espacial o temporal en el que éstos se encuentren; mientras que para las construcciones históricas, los derechos expresan exigencias situadas en la historia y demandadas por sujetos que se mueven en un determinado ámbito espacial. En este sentido, para el primer tipo de posición, la descripción de un derecho, su significado y su justificación, puede ser realizada con independencia de cualquier contexto, siendo en todo caso esencial la utilización de razones suficientemente justificadas. Para la segunda posición, se exigiría en esta tarea atender a la evolución histórica del derecho. Pues bien, aunque es cierto que un tipo u otro de posición pueden llegar al mismo resultado interpretativo, también lo es que normalmente no lo harán.

En cualquier caso, parece que tratándose de los derechos, tal vez sea una posición intermedia entre las dos anteriores la que deba ser utilizada³⁵. No es mi intención llevar a cabo un desarrollo íntegro de cómo se desenvuelve una teoría correcta de los derechos en este ámbito. Señalaré sólo algunas dimensiones de manera sintética, diferenciando entre aquellas que tienen que ver con las razones que acompañan a la decisión y aquellas que tienen que ver con su legitimidad.

Así, en el ámbito de las razones, destacaré tres dimensiones. La primera de ellas tiene que ver con el referente que siempre debe presidir esta tarea, que no es otro que el del respeto a la dignidad humana y con él, el rechazo de aquellas opciones interpretativas que sean contrarias, o incluso no favorables, a la integridad física y a la igual autonomía pública y privada de los individuos. La segunda tiene que ver con la utilización de los criterios interpretativos y posee tres proyecciones en forma de exigencias. Por un lado, la exigencia de hacer explícitos los criterios interpretativos utilizados; por otro, la exigencia de coherencia tanto en el sentido de respetar el precedente, cuanto en el de jus-

tificar el cambio de criterio, cuanto, por último, de proceder como si se estuviera sentando un precedente (esto es, adoptar una decisión que se estuviera dispuesto a tomar en el futuro siempre que las circunstancias fueran similares); y, finalmente, la exigencia de alcanzar decisiones que puedan ser justificadas con el mayor número de criterios interpretativos (exigencia de saturación). La tercera tiene que ver con el propio contenido de la decisión y guarda relación con los límites interpretativos. Se trata de exigencias que deben conjugarse de manera razonable. Esta tercera dimensión implica el respeto al significado mínimo que toda norma debe poseer, el respeto al marco de justificación que nos proporcionan los derechos (y en el que la atención dimensión histórica de los derechos intentando su adaptación a la realidad social ponderando los fines constitucionales y la voluntad política legítimamente expresada por los órganos competentes, cobra una especial fuerza), y el respeto al significado que la comunidad jurídica, destinataria de la decisión, espera en relación con la decisión.

En el ámbito de la legitimidad, esto es, en lo referente a quien debe ser el último órgano competente para la atribución de significado a las normas de derechos fundamentales, una teoría correcta de los derechos da preferencia a un órgano vinculado al Parlamento y a los presupuestos, ya expuestos, que acompañaban a esta postura. Obviamente, esta toma de postura debe ser enmarcada junto a las exigencias que se desenvuelven en el ámbito de las razones y que, en cierto modo pueden llegar a matizar esta conclusión. En este sentido, y desde este predominio de la conexión parlamentaria, puede dar entrada a un modelo intermedio (como el definido por la Constitución española).

³⁴ Vid. Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 21 y 22.

³⁵ Este es el planteamiento del llamado modelo dualista cuyo máximo representante es G. Peces-Barba. Vid. Peces-Barba, G., y otros., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 101 y ss.

³⁶ Me he referido a ello en *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 17, Dykinson, Madrid, 2001.